

N° 293785

**Section Française de l'Observatoire
International des Prisons**

Rapporteur : R. Senghor

Section du Contentieux

Séance du 17 octobre 2008

Lecture du 31 octobre 2008

CONCLUSIONS

M. Mattias GUYOMAR, Commissaire du Gouvernement

La Section Française de l'Observatoire International des Prisons, dont vous avez déjà admis l'intérêt à agir dans des contentieux de même nature, vous demande l'annulation du décret simple du 21 mars 2006, pris après avis du Conseil d'Etat, modifiant le code de procédure pénale et relatif à l'isolement des détenus.

Ce décret poursuit deux objets. En premier lieu, il modifie le régime de l'isolement administratif afin de tirer les conséquences de votre décision *Ministre de la justice c/R...* (30 juillet 2003 p. 366) par laquelle vous avez jugé que la mise à l'isolement d'un détenu était susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Son article premier introduit, dans le code de procédure pénale (CPP), les articles D. 283-1 à D. 283-2-4 qui sont relatifs à la mise à l'isolement. En second lieu, l'article 3 du décret introduit dans le code de procédure pénale un article D. 56-1 qui définit le régime de l'isolement judiciaire qui relevait jusqu'alors de la seule pratique. Dans la mesure où les dispositions attaquées refondent entièrement le régime de l'isolement, nous admettons la recevabilité de la requête en dépit du caractère confirmatif d'une partie des règles contestées.

Précisons enfin que certaines des dispositions attaquées¹ ont été depuis lors modifiées par un décret du 9 mai 2007 –nous reviendrons sur ce point.

L'ensemble du régime de l'isolement relève de la partie réglementaire du code de procédure pénale.

Commençons par une présentation du régime de l'isolement administratif. Au 1^{er} août 2008, 435 détenus étaient placés à l'isolement administratif dont 37 depuis plus d'un an.

¹ Mais, dès lors qu'elles ont reçu exécution, les conclusions conservent leur objet.

L'article D. 283-1 du code de procédure pénale dispose, dans sa rédaction issue du décret attaqué, que : « Tout détenu peut être placé à l'isolement par mesure de protection ou de sécurité, soit sur sa demande, soit d'office ». Cette mesure peut être prononcée à l'encontre d'un prévenu ou d'un condamné. Lorsqu'une mesure d'isolement est prononcée à l'encontre d'un détenu, celui-ci se trouve placé seul en cellule (article D. 283-1-2). La mise à l'isolement ne constitue pas une mesure disciplinaire (article D. 283-1-2) : elle est donc sans incidence sur la situation juridique du détenu. Sont ainsi conservés ses droits à l'information, aux visites, à la correspondance, à l'exercice du culte et à la promenade quotidienne. Mais le placement à l'isolement modifie les conditions matérielles de la détention : le détenu isolé « ne peut participer aux promenades et activités collectives auxquelles peuvent prétendre les détenus soumis au régime de détention ordinaire » (article D. 283-1-2). Par votre décision précitée du 30 juillet 2003, vous avez sorti de la catégorie des mesures d'ordre intérieur le placement à l'isolement d'un détenu contre son gré, « eu égard à l'importance de ses effets sur les conditions de détention »².

Une mesure d'isolement est prise par le chef d'établissement pour une durée de trois mois renouvelable une fois (articles D. 283-1 et D. 283-1-5). Cette mesure peut être prolongée pour la même durée sur décision du directeur régional des services pénitentiaires, également renouvelable une fois (article D. 283-1-6). Au-delà d'un an, seul le garde des sceaux, ministre de la Justice, est habilité à proroger cette mesure, par période de quatre mois, pendant une année supplémentaire (article D. 283-1-7). Au-delà de deux ans, sa reconduction ne peut intervenir que dans des circonstances exceptionnelles nécessitant une motivation spéciale (article D. 283-1-7).

L'isolement judiciaire est ordonné, exclusivement à l'encontre des prévenus, par le magistrat chargé de l'instruction. Au 1^{er} septembre 2008, 39 prévenus faisaient l'objet d'une telle mesure. Le placement à l'isolement est décidé en raison des nécessités de l'instruction. Le détenu placé à l'isolement judiciaire est soumis au régime de détention des détenus placés à l'isolement administratif (article D. 56-1 du CPP).

Le premier moyen est tiré de l'incompétence du pouvoir réglementaire pour édicter les dispositions attaquées. Vous l'examinerez à la lumière des récents développements jurisprudentiels concernant le partage entre le domaine de la loi et celui du règlement.

Alors que la plupart des Etats européens disposent d'une véritable législation pénitentiaire³, le droit pénitentiaire français se caractérise par la faible place qu'y occupe la loi. La grande majorité des dispositions du code de procédure pénale relatives au service public pénitentiaire figure ainsi en partie réglementaire. Cet état du droit fait l'objet de critiques régulières. Le rapport de la commission présidée par Guy Canivet sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires (La documentation française juillet 1999) dénonce un « droit mal ordonné » : « tels sont les éléments de ce désordre juridique : la

² Revenant ainsi sur la décision *F...* (28 février 1996 p. 52).

³ Citons notamment en Italie, la loi pénitentiaire du 26 juillet 1975, en Allemagne, la loi pénitentiaire du 16 mars 1979 ou encore en Espagne la loi organique générale pénitentiaire du 26 septembre 1979. Voir notamment « La détention en isolement dans les prisons européennes » (Bruylant 2004).

hiérarchie des normes méconnues, des règles d'une qualité discutable et l'existence d'un droit subordonné⁴ » (page 51). Le rapport conclut que « le droit de la prison nécessite une restauration du domaine de la loi et le réaménagement de son contenu » (page 178). La future loi pénitentiaire devrait fournir l'occasion d'une telle remise en ordre. Avant que n'intervienne un souhaitable rehaussement du niveau des normes pénitentiaires, la présente affaire vous conduit à vérifier que l'intervention du pouvoir réglementaire a respecté l'article 34 de la Constitution.

Commençons par les dispositions relatives à la mesure administrative de mise à l'isolement. Le placement à l'isolement ne constitue pas une sanction disciplinaire mais une mesure de sûreté, mesure administrative décidée par le chef d'établissement afin de garantir l'ordre public carcéral.

L'isolement administratif relève-t-il du domaine de la loi au titre de la détermination des peines et de la procédure pénale ?

Les critères retenus pour la détermination de la compétence juridictionnelle en matière pénitentiaire permettent de répondre à cette question. « Il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des litiges relatifs à la nature et aux limites d'une peine infligée par la juridiction judiciaire et dont l'exécution est poursuivie à la diligence du ministère public », pour reprendre les termes de la décision de principe du Tribunal des Conflits *Dame veuve F E...* (22 février 1960 p. 855). Relèvent en revanche de la compétence de la juridiction administrative les litiges relatifs aux mesures qui déterminent les modalités du traitement pénitentiaire (voir, s'agissant des modes de détention, 8 décembre 1967, *Sieur K...*, p. 475 ; Section, 5 février 1971, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/Dame veuve P...* p. 101). Cette solution est confirmée par le Tribunal des Conflits qui attribue à la juridiction administrative les litiges relatifs aux actes « sans relation avec les nécessités de l'instruction » qui intéressent « le fonctionnement du service administratif pénitentiaire » (4 juillet 1983, *C...*, p. 541).

Vous plaçant dans la droite ligne de cette jurisprudence, vous avez jugé, par votre décision *Comité d'action des prisonniers et autres* (Section, 4 mai 1979 p. 182), que les dispositions réglementaires relatives aux sanctions disciplinaires et à la détermination du régime d'incarcération applicable aux divers types d'établissements ne sont pas relatives au régime des peines au sens de l'article 34 de la Constitution. Ainsi que l'expliquait Michel Franc, dans ses conclusions sur cette affaire : « La procédure pénale s'arrête là où commence l'exécution administrative de la peine et l'organisation pénitentiaire. Les dispositions [contestées] –même si elles modifient le code de procédure pénale- traitent essentiellement du régime pénitentiaire, de l'organisation des prisons et de la vie des détenus. Elles ne sauraient donc être regardées comme fixant des règles de procédure pénale au sens de l'article 34 de la Constitution ».

⁴ Le rapport évoque par là la profusion des circulaires.

Relevant du « fonctionnement du service administratif pénitentiaire », l'isolement administratif n'entre pas, eu égard à sa nature, dans le champ de la « procédure pénale » au sens de l'article 34 de la Constitution.

Il est également soutenu que, dans la mesure où il apporte des restrictions aux droits et libertés des détenus, le régime de l'isolement administratif relève du domaine de la loi, seule compétente pour fixer les « règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Nous en sommes convaincu dans la mesure où, par sa nature, un placement à l'isolement met en cause, compte tenu des contraintes de vie qu'il fait peser sur les détenus, l'exercice des libertés dont ceux-ci conservent le bénéfice.

Mais le législateur est bien intervenu en la matière. L'article 728 du code de procédure pénale dispose en effet que : « Un décret détermine l'organisation et le régime intérieur des établissements pénitentiaires ». Vous admettez largement la compétence du pouvoir réglementaire pour définir le régime de détention sur le fondement de cette habilitation générale.

Vous l'avez ainsi jugé s'agissant tant du retrait des permis de visite (13 février 2002, *A-T...*, n°221915, inédite au recueil) que du régime disciplinaire des détenus (30 juillet 2003, *observatoire international des prisons, section française* T. p. 633 - 852). Dans les deux cas, vous vous êtes fondés sur la combinaison entre la disposition générale que constitue l'article 728 et une autre disposition législative, plus spécifique. Dans le premier cas, votre décision se fonde également sur l'article 727 du code de procédure pénale aux termes duquel un décret fixe « les conditions dans lesquelles certaines personnes peuvent être admises à visiter les détenus ». Dans le second cas qui concerne la sanction de la mise en cellule disciplinaire, vous vous êtes appuyés non seulement sur l'article 728 précité mais aussi sur l'article 726 qui prévoit que « si quelque détenu use de menaces, injures ou violences ou commet une infraction à la discipline, il peut être enfermé seul dans une cellule aménagée à cet effet ou même être soumis à des moyens de coercition en cas de fureur ou de violence grave, sans préjudice des poursuites auxquelles il peut y avoir lieu ».

Il n'existe en revanche aucune disposition législative spécifique s'agissant de la mise à l'isolement administratif. Pour reconnaître la compétence du pouvoir réglementaire, il faut donc admettre que l'article 728, en renvoyant au décret la détermination du « régime intérieur des établissements pénitentiaires », habilite à lui-seul le pouvoir réglementaire à définir le régime de l'isolement.

Cette disposition remonte à l'origine du code de procédure pénale adopté par la loi du 31 décembre 1957 portant institution d'un code de procédure pénale puis modifié et complété par l'ordonnance du 23 décembre 1958. A la date à laquelle elle a été adoptée, il ne nous semble pas que le législateur soit resté en deçà de sa compétence. Compte tenu à la fois du statut du détenu et de la nature juridique des actes pris pour le fonctionnement du service administratif pénitentiaire, qui relevaient encore pour la plupart de la catégorie des mesures d'ordre intérieur, la définition du « régime intérieur » des établissements pouvait être largement renvoyée au décret. Votre décision précitée du 4 mai 1979 se fonde précisément

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

pour reconnaître la compétence réglementaire en matière de sanctions disciplinaires sur l'objet des dispositions attaquées qui est « de réglementer les mesures d'ordre intérieur destinées à assurer la discipline dans les établissements pénitentiaires ».

Une double évolution nous semble avoir sensiblement modifié la donne.

En premier lieu, votre jurisprudence relative aux mesures pénitentiaires s'est attachée à progressivement réduire le champ des mesures d'ordre intérieur. L'accès à votre prétoire a été sensiblement élargi par la décision de principe *Marie* (Assemblée, 17 février 1995, p. 83 qui juge que « eu égard à la nature et à la gravité de cette mesure, la punition de cellule constitue une décision faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir ». Par votre décision déjà citée *Ministre de la justice c/ R...*, vous avez jugé qu'un placement à l'isolement constituait une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Enfin, par deux décisions du 14 décembre 2007, *P...* (p. 474) et *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ B...* (p. 495), l'Assemblée du contentieux, a décidé d'élargir encore le spectre des actes susceptibles de recours, s'agissant, d'une part du transfert d'un détenu d'une maison centrale à une maison d'arrêt, et d'autre part, d'un déclassement d'emploi ou retrait d'emploi.

En second lieu, - et cette évolution n'est pas sans lien avec la précédente- le passage d'un « détenu sujet » à un « détenu citoyen » a consacré une nouvelle logique juridique : celle d'un détenu qui, « à l'exception de la liberté d'aller et venir, conserve tous les droits puisés dans sa qualité de citoyen » pour reprendre les termes du rapport précité sur l'« Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires » (La documentation française mars 2000). Vous avez ainsi jugé que si « l'exercice de ces libertés est subordonné aux contraintes inhérentes à leur détention », « les personnes détenues dans des établissements pénitentiaires ne sont pas de ce seul fait privées du droit d'exercer des libertés fondamentales susceptibles de bénéficier de la procédure de protection particulière instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative » (27 mai 2005, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres*, p.232). La loi du 30 octobre 2007 qui institue un contrôleur général des lieux de privation de liberté le charge de contrôler le respect des « droits fondamentaux » des détenus. Et vous avez consacré la notion de libertés et droits fondamentaux des détenus par vos décisions précitées du 14 décembre 2007.

Dans ces conditions et eu égard aux conséquences des mesures d'organisation des établissements pénitentiaires sur l'exercice des droits dont les détenus restent titulaires, nous pensons qu'il appartient au législateur d'encadrer plus précisément la détermination du régime intérieur de ces établissements. Compte tenu de l'évolution du statut des détenus, nous n'excluons pas que l'article 728 du code de procédure pénale soit désormais entaché d'incompétence négative (voir notamment, pour une telle incompétence entachant une loi entraînant, « faute de précisions suffisantes », une atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis, la décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985).

Mais à l'heure où vous rendrez votre décision, il ne vous appartiendra pas encore d'apprécier, par la voie de l'exception⁵, la constitutionnalité de la loi (voyez pour une récente

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

illustration des limites de votre office en la matière Section, 18 juillet 2008, *Fédération de l'hospitalisation privée*, p. 290). C'est pourquoi, l'article 728 faisant encore écran à votre contrôle, vous vous bornerez à relever qu'il fournit l'indispensable accroche législative à l'exercice du pouvoir réglementaire en la matière.

Si vous nous suivez, vous en déduirez que le Premier Ministre tient des dispositions de l'article 728 du code de procédure pénale compétence pour arrêter les dispositions attaquées des articles D. 283-1 et suivants du code de procédure pénale relatifs à la mesure administrative de mise à l'isolement qui relèvent de l'organisation et du régime intérieur des établissements pénitentiaires.

Examinons maintenant la question de la compétence s'agissant de l'article 3 du décret attaqué, relatif à l'isolement judiciaire des détenus. Cet article introduit dans le code de procédure pénale un article D. 56-1 qui prévoit que le magistrat saisi du dossier de l'information peut ordonner « la mise à l'isolement d'une personne placée en détention provisoire par le juge des libertés et de la détention en raison des nécessités de l'information ». L'article D. 56-1 a été institué dans une section du code de procédure pénale intitulée « Des ordres donnés par l'autorité judiciaire ». Y sont définies les mesures que cette dernière peut ordonner à l'administration pénitentiaire, au rang desquelles figurent notamment l'interdiction temporaire de communiquer (article D. 56) ou la séparation des détenus en raison des nécessités de l'information (D. 56-2).

L'isolement ordonné par le magistrat chargé de l'instruction qui se trouve à l'intersection entre l'administration judiciaire et l'administration pénitentiaire relève à deux titres du domaine de la loi. D'une part, en tant que cette mesure affecte l'exercice des libertés individuelles et, d'autre part, en tant qu'elle relève de la procédure pénale.

Ce second point ne présente guère de difficulté. La Constitution attribue au législateur un monopole exclusif de création, modification et abrogation des règles de la procédure pénale. Tant la jurisprudence du Conseil constitutionnel (voir notamment, les décisions n° 75-56 DC du 23 juillet 1975⁵ ou n° 92-172 L du 29 décembre 1992) que la vôtre (voyez notamment s'agissant des règles déterminant des agents ou catégories d'agents habilités à rechercher et constater des infractions pénales, 30 décembre 2003 *Union nationale C.G.T. des affaires sociales*, T. p. 620) retiennent une acception extensive de la compétence de la loi en la matière.

Que ce soit au regard de l'auteur de la mesure – le magistrat chargé de l'instruction – ou des motifs susceptibles de la fonder – les nécessités de l'information, l'isolement judiciaire relève assurément de la « procédure pénale » au sens de l'article 34 de la Constitution. Certes, l'exécution de cet ordre est assurée par le service public pénitentiaire, mais pour autant, cette mesure, non détachable de la procédure judiciaire, est bien en « relation avec les nécessités de l'instruction » pour reprendre le critère retenu par le Tribunal des Conflits (4 juillet 1983 C..., p. 541).

⁵ Encore faudra-t-il admettre que l'incompétence négative de la loi puisse être invoquée, par la voie de l'exception, lorsqu'elle a pour effet de porter atteinte à des droits fondamentaux.

⁶ Voir la note de Jean Rivero AJDA janvier 1976 p. 44.

La requérante en déduit que seule la loi pouvait poser le principe d'un tel isolement judiciaire. Cela est certain mais c'est bien ce que fait l'article 715 du code de procédure pénale aux termes duquel : « Le juge d'instruction, le président de la chambre de l'instruction et le président de la cour d'assises, ainsi que le procureur de la République et le procureur général, peuvent donner tous les ordres nécessaires soit pour l'instruction, soit pour le jugement, qui devront être exécutés dans les maisons d'arrêt ». Le pouvoir réglementaire n'aurait pu compétemment créer la mesure d'isolement judiciaire. Mais c'est la loi qui a posé le principe des ordres donnés à l'administration pénitentiaire par l'autorité judiciaire qui peuvent, par nature, comporter la prescription d'une mesure d'isolement.

Il reste donc à vérifier si, en instituant l'article D. 56-1, le décret attaqué s'est borné à tirer les conséquences de l'article 715 sans poser de règles relatives à la procédure pénale.

Ainsi que l'explique le professeur Raymond Gassin, dans son article consacré à « La règle de procédure pénale au sens de l'article 34 de la Constitution » (in Mélanges dédiés à Bernard Bouloc Dalloz) : « le règlement administratif occupe une place qui est loin d'être négligeable parmi les sources de la procédure pénale : le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat considèrent que, parmi les dispositions qui se rapportent à la procédure pénale, toutes n'ont pas la même importance et ne relèvent donc pas du domaine de la loi. Ils distinguent ainsi les règles de procédure pénale proprement dites au sens de l'article 34 de la Constitution et leurs simples mesures d'application administrative ». Le partage entre la loi et le règlement en la matière⁷ est clairement défini par la décision du Conseil constitutionnel n°

87-149 L du 20 février 1987 : « l'article 34 de la Constitution réserve au législateur le soin de « fixer les règles concernant la procédure pénale [...] en conséquence, il n'appartient au pouvoir réglementaire que d'édicter les mesures d'application qui sont nécessaires à la mise en œuvre de ces règles » (§22).

Citons intégralement l'article D. 56-1 : « Lorsque le magistrat saisi du dossier de l'information ordonne la mise à l'isolement d'une personne placée en détention provisoire par le juge des libertés et de la détention en raison des nécessités de l'information, il en précise la durée, qui ne peut excéder celle du titre de détention. A défaut de précision, cette durée est celle du titre de détention. Ces instructions sont précisées dans la notice prévue par l'article D. 32-1 ou, si la mesure est décidée ultérieurement, dans tout autre document transmis au chef d'établissement. Le magistrat saisi du dossier de l'information peut ordonner le maintien de l'isolement à chaque prolongation de la détention provisoire. Le magistrat saisi du dossier de l'information peut mettre fin à la mesure d'isolement à tout moment, d'office, sur réquisitions du procureur de la République, à la requête du chef d'établissement pénitentiaire ou à la demande du détenu. Le détenu placé à l'isolement par le magistrat saisi du dossier de

⁷ Voir par exemple la décision n° 614-14 L du 18 juillet 1961 qui précise que la détermination du ressort des tribunaux d'instance « ne peut être comprise au nombre des règles concernant la procédure pénale que la Constitution a placées dans le domaine de la loi ».

l'information est soumis au régime de détention prévu par les articles D. 283-1-2 à D. 283-1-4 ».

L'examen de ce moyen suppose, selon nous, que vous distinguiez les trois premiers alinéas de l'article D. 56-1 du dernier⁸.

Ces trois premiers alinéas, relatifs à la prescription de la mesure d'isolement judiciaire, définissent un certain nombre d'éléments constitutifs de son régime juridique : durée de la mesure, conditions de sa prolongation, modalités pour y mettre fin. Il s'agit là de règles de procédure pénale que le pouvoir réglementaire ne pouvait définir sans empiéter sur le domaine de la loi.

De deux choses l'une en effet. Soit le régime de l'isolement judiciaire n'est pas précisément défini par la loi. C'est l'état actuel du droit : la loi ne précise rien d'autre que ce qui figure à l'article 715 du CPP c'est à dire le principe des ordres judiciaires duquel découle l'institution de la mesure de l'isolement judiciaire. Dans ces conditions, c'est au magistrat chargé de l'instruction et à lui seul qu'il appartient de préciser, dans son ordonnance, les éléments constitutifs de la mesure qu'il ordonne. Soit l'on veut plus précisément encadrer le régime de l'isolement judiciaire, mais alors seul le législateur peut compétemment en définir et compléter les règles. A titre de comparaison, c'est bien la loi qui a défini complètement et précisément, aux articles 138 à 143 du code de procédure pénale, le régime du contrôle judiciaire.

Entre le législateur, seul compétent pour définir les règles du régime de l'isolement judiciaire, et le magistrat compétent pour ordonner la mesure et en préciser les caractéristiques essentielles, le pouvoir réglementaire d'application de la loi ne dispose d'aucune autre marge d'intervention que celle qui lui permet d'assurer la mise en œuvre des dispositions législatives. Tel n'est pas l'objet des dispositions contestées, qui bâtissent complètement un régime juridique. Vous annulerez donc, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens soulevés à son encontre, l'article 3-II du décret attaqué en tant qu'il a énoncé les alinéas 1, 2 et 3 de l'article D. 56-1 qui a été pris par une autorité incompétence. Cette censure de l'incompétence du pouvoir réglementaire constitue un utile rappel à l'ordre du Gouvernement, tenu au strict respect des prérogatives du législateur. Après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 et votre décision *Commune d'Annecy* (Assemblée 3 octobre 2008, p. 322) intervenues toutes deux dans le domaine de « la préservation de l'environnement »⁹, cette solution rendue en matière de procédure pénale fournit une nouvelle occasion de clarifier la répartition des compétences entre la loi et le règlement.

Venons-en maintenant au dernier alinéa, qui soumet le détenu placé à l'isolement judiciaire « au régime de détention prévu par les articles D. 283-1-2 à D. 283-1-4 »¹⁰. Nous

⁸ Dont nous admettons le caractère divisible.

⁹ Que la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 a ajouté à l'article 34 de la Constitution.

¹⁰ L'article D. 283-1-3 pose l'obligation d'un examen médical des détenus isolés et l'article D. 283-1-4 organise un registre des mesures d'isolement.

estimons qu'en l'énonçant, le Premier ministre a exercé, sans excéder sa compétence, le pouvoir réglementaire d'application de la loi. En alignant pour partie le régime de détention des prévenus placés à l'isolement judiciaire sur celui des détenus faisant l'objet d'un isolement administratif, le pouvoir réglementaire s'est en effet borné à édicter les mesures d'application qui sont nécessaires à la mise en œuvre de l'article 715 du code de procédure pénale. Le moyen d'incompétence n'est donc pas fondé s'agissant de ce dernier alinéa. Vous l'annulerez néanmoins pour un autre motif.

La Section Française de l'observatoire international des prisons invoque en effet la méconnaissance des articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'entraînerait l'absence de voie de recours ouverte contre les mesures de placement à l'isolement judiciaire. L'examen de ce moyen suppose que vous tranchiez successivement les trois questions suivantes : une voie de recours doit-elle être nécessairement ouverte ? le code de procédure pénale en prévoit-il une ? dans la négative, quelles conséquences convient-il d'en tirer sur la légalité de la disposition attaquée ?

Le premier point ne prête pas à discussion.

Ce n'est pas le respect du principe à valeur constitutionnelle d'exercer un recours juridictionnel qui est ici en cause (29 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France*, p. 313). Est invoquée la méconnaissance de l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui prévoit que « toute personne dont les droits et libertés reconnus [...] dans la convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale [...] ».

La jurisprudence de la cour de Strasbourg est désormais bien établie : cet article a « pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant à examiner le contenu d'un grief défendable fondé sur la convention et à offrir le redressement approprié » (notamment 26 octobre 2000, *K... c/Pologne* § 157). Le recours exigé par l'article 13 « doit être effectif en fait comme en droit » (notamment 27 juin 2000, *I... c/Turquie* § 97). La Cour impose donc aux Etats une obligation positive de se doter de recours interne. Votre jurisprudence offre de nombreuses illustrations de l'application de cette garantie (voir notamment Section, 28 février 2001, *C...*, p. 107 ; Avis contentieux du 3 novembre 2003, *M... et G...*, T. p. 782 ou encore 6 juillet 2007, *D...* T. p. 856).

Lors de nos conclusions sur votre décision *R...*, nous avons démontré pour quels motifs tenant à l'importance de ses effets concrets sur la vie d'un détenu une mise à l'isolement devait pouvoir faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. La gravité des conséquences sur la situation personnelle du détenu isolé va croissante selon la durée de la mesure, qu'il s'agisse des effets matériels (les ressources des détenus, qui leur permettent de cantiner, proviennent en grande partie du travail en milieu carcéral dont les détenus isolés sont, en pratique, largement privés), des effets physiques (exclusion des promenades et activités sportives collectives) ou psychologiques. Le rapport d'enquête sur la situation dans les prisons effectué en 2000 par le comité pour la prévention de la torture (CPT), qui est un organe statutaire du Conseil de l'Europe, relevait ainsi « le régime éminemment restrictif auquel de tels détenus sont soumis en l'absence d'activités structurées et d'activités en

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

commun » et « les conséquences désocialisantes et psychiquement déstructurantes d'une décision de mise à l'isolement ». Suivant nos préconisations, vous avez mis fin à l'immunité juridictionnelle dont cette catégorie bénéficiait depuis la décision *F...*

La condamnation de la France par la Cour de Strasbourg à raison de l'absence en droit interne d'un recours permettant de contester les mesures de prolongation de mise à l'isolement, dans l'arrêt *R-S...* du 4 juillet 2006, rendu sous l'empire de l'état du droit antérieur à la jurisprudence *R...*, a confirmé le bien-fondé de cette solution : « compte tenu des répercussions d'une mise à l'isolement prolongée pour un détenu, un recours effectif permettant à celui-ci de contester aussi bien la forme que le fond et donc les motifs d'une telle mesure devant une instance juridictionnelle est indispensable » (§ 165). Comme le relève le Professeur Pierrette Poncela¹¹ : « sans aucune ambiguïté ni réserve, la Cour européenne exige que les détenus puissent contester les diverses décisions de placement ou de prolongation les concernant » (voir par exemple 3 avril 1991, *KN... c/Royaume Uni* § 127).

Ces considérations valent également pour la mise à l'isolement judiciaire. L'alignement du régime de détention des prévenus faisant l'objet d'une telle mesure sur celui des détenus placés en isolement administratif entraîne sur les conditions de détention des premiers les mêmes effets que sur celles des seconds. Et la différence qui existe entre isolement administratif et isolement judiciaire s'agissant de la durée du placement ne suffit pas, selon nous, à dispenser la France de l'obligation d'instituer une voie de recours interne contre l'isolement judiciaire¹². C'est pourquoi l'impossibilité de contester une mesure d'isolement judiciaire en tant que telle méconnaîtrait le droit au recours effectif.

Venons-en au second point. Aucun recours n'est spécialement organisé contre les mesures d'isolement judiciaire. L'article 715 du code de procédure pénale n'en dit rien. La section du même code consacrée aux « ordres donnés par l'autorité judiciaire » est muette sur ce point. Mais comme elle ne figure qu'en partie réglementaire, elle n'aurait pu légalement prévoir une voie de recours qui relève clairement de la procédure pénale.

En défense, le ministre de la Justice tente de vous convaincre qu'une mesure d'isolement judiciaire ordonnée par le magistrat chargé de l'instruction peut toutefois faire l'objet d'un recours effectif.

Mais aucun des fondements qu'il avance ne nous convainc de l'existence d'une voie de recours effectif.

Est tout d'abord invoquée la faculté, ouverte au détenu par l'article D. 56-1 précité, de demander au magistrat chargé de l'instruction de mettre fin à la mesure d'isolement qu'il a ordonnée. Mais vous venez d'annuler cette disposition comme entachée d'incompétence. A supposer même qu'une telle possibilité existe, même en l'absence de texte, ce que nous inclinons à penser, elle ne saurait constituer une voie de recours effectif. Certes, la

¹¹ Dans son article « Le placement à l'isolement des détenus » (RDTH 69/2007 p. 247 ss.)

¹² Alors même que le pouvoir réglementaire n'était pas compétent pour l'énoncer, il découle de la nature même de l'isolement judiciaire qu'il peut durer aussi longtemps que dure la détention provisoire.

jurisprudence de la Cour de Strasbourg n'exclut pas qu'un recours effectif au sens de l'article 13 puisse être porté devant une instance non juridictionnelle (notamment 6 septembre 1978, *KL... c/Allemagne*). Mais encore faut-il que celle-ci réponde à certaines garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure (15 novembre 1996, *DI... c/Italie*) ce qui n'est pas le cas en l'espèce, faute de procédure organisée. Par sa décision *Calogero c/Italie* du 15 novembre 1996, la Cour européenne a ainsi estimé que « le recours gracieux au juge de l'application des peines ne saurait passer pour un recours effectif au sens de l'article 13 car ledit magistrat est appelé à réexaminer le bien-fondé d'un acte qu'il a pris lui-même, d'ailleurs en l'absence de toute procédure contradictoire » (§ 41).

Le ministre de la justice soutient ensuite qu'une voie de recours serait ouverte par l'article 220 du code de procédure pénale aux termes duquel : « Le président de la chambre de l'instruction s'assure du bon fonctionnement des cabinets d'instruction du ressort de la Cour d'appel. Il vérifie notamment les conditions d'application des alinéas 4 et 5 de l'article 81¹³ et de l'article 144¹⁴ et s'emploie à ce que les procédures ne subissent aucun retard injustifié. Chaque fois qu'il le juge nécessaire et au moins une fois par an, il transmet ses observations écrites au premier président de la cour d'appel, au procureur général près ladite cour ainsi qu'au président du tribunal de grande instance concerné et au procureur de la République près ledit tribunal ». Contrairement à ce que soutient le garde des sceaux, nous ne pensons pas que ces dispositions relatives aux pouvoirs propres du président de la chambre d'instruction pour s'assurer du bon fonctionnement des cabinets d'instruction puissent être regardées comme ouvrant implicitement un recours devant lui contre les décisions du magistrat chargé de l'instruction. Lorsque le législateur a décidé de confier au président un pouvoir particulier sur un type de décision, il l'a expressément défini. Ainsi, l'article 221-3 du code prévoit qu'après trois mois de détention provisoire, le président peut, d'office ou à la demande de la personne mise en examen, saisir la chambre de l'instruction afin qu'elle examine l'ensemble de la procédure ; l'article 223 du même code prévoit que le Président « peut saisir la chambre de l'instruction, afin qu'il soit par elle statué sur le maintien en détention d'une personne mise en examen en état de détention provisoire ». Rien de tel s'agissant de la mesure d'isolement judiciaire ne figure dans la section consacrée aux pouvoirs propres du président de la chambre d'instruction.

Le ministre soutient enfin qu'une voie de recours résiderait dans l'article 186 du code de procédure pénale, qui organise l'appel des ordonnances du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention : « Le droit d'appel appartient à la personne mise en examen contre les ordonnances et décisions prévues par les articles 80-1-1, 87, 139, 140, 137-3, 145-1, 145-2, 148, 167, quatrième alinéa, 179, troisième alinéa, et 181 ».

Selon le garde des Sceaux, un détenu pourrait utilement contester sa mise à l'isolement judiciaire à l'occasion d'un appel contre l'ordonnance de placement en détention provisoire ou contre une ordonnance de prolongation de la détention provisoire. Il soutient que, disposant des mêmes pouvoirs que le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, la chambre de l'instruction pourra éventuellement y mettre fin.

¹³ Il s'agit de certains actes d'instruction exécutés sur commission rogatoire.

¹⁴ Il s'agit de la détention provisoire.

Nous sommes pas prêt à suivre un tel raisonnement pour deux séries de raisons.

En premier lieu, il s'agirait, en tout état de cause, d'une voie de recours à la fois indirecte et incomplète. L'appel ne saurait en effet avoir pour seul objet la mesure d'isolement qui n'est pas visée à l'article 186 précité. Rappelons en outre que c'est le juge de la liberté et de la détention qui décide du placement en détention provisoire alors que c'est le magistrat chargé de l'information qui décide de la mise à l'isolement. Il y a donc deux décisions distinctes émanant de deux auteurs différents. Il faudrait donc admettre qu'à la faveur d'un appel dirigé contre une ordonnance du juge des libertés et de la détention relative à la détention provisoire, la chambre de l'instruction accepte de connaître d'une décision, nécessairement consécutive, de mise à l'isolement prise par le magistrat chargé de l'instruction. Enfin, une telle voie de recours ne serait pas de nature à couvrir l'ensemble des décisions de mise à l'isolement. Certaines ne sont pas, en effet, susceptibles d'être adossées à une ordonnance du juge des libertés et de la détention. Nous pensons par exemple à une mise à l'isolement postérieure au placement en détention, ou encore au refus opposé à une demande du détenu qu'il y soit mis fin.

Une telle solution, fort constructive, heurterait en second lieu, une jurisprudence judiciaire des plus constantes. Selon la Cour de Cassation, l'article 186 institue un droit exceptionnel d'appel qui ne comporte aucune extension, l'énumération figurant à cet article étant limitative (voyez par exemple Cass. Crim. 29 avril 1960 Bull. Crim. n° 221 s'agissant du refus d'ordonner un examen médico-psychologique ; 18 mai 1977 Bull. crim. n° 181 s'agissant de l'impossibilité de faire juger à l'occasion de cette procédure spéciale des fins de non-recevoir étrangères à son unique objet ; 21 août 1990 Bull. crim. n° 304 s'agissant de prétendues nullités de procédure entachant l'information ; 13 décembre 1995 Bull. crim. n° 380). La jurisprudence est clairement établie : en permettant aux personnes mises en examen de faire appel des ordonnances qu'il prévoit, l'article 186 leur a attribué un droit dont elles ne sauraient s'autoriser pour faire juger des questions étrangères à l'unique objet de cet appel¹⁵. Or, les ordres judiciaires prononcés sur le fondement de l'article 715 du code de procédure pénale ne sont pas visés à l'article 186. Notons qu'ils ne le sont pas davantage à l'article 186-1 du même code.

Nous refusons d'admettre la légalité d'un acte réglementaire en pariant sur une solution jurisprudentielle que rien ne permet raisonnablement d'anticiper. Il ne relève pas de votre office de spéculer sur des évolutions de la jurisprudence judiciaire à laquelle il appartient seule de déterminer le champ d'application de l'article 186.

Il n'existe donc pas, en l'état des textes et de la jurisprudence, de voie de recours contre les mesures de placement à l'isolement judiciaire. Afin de remédier à cette carence de la loi, deux possibilités nous semblent envisageables : soit modifier la disposition transversale de l'article 186 du CPP afin qu'elle vise les décisions prises sur le fondement de l'article 715,

¹⁵ Par exception à cette règle, la personne mise en examen a le droit de fonder son appel sur l'absence de procédure d'extradition et l'irrégularité prétendue de son arrestation (Cass. Crim 24 septembre 1997 bull. crim. n° 311).

soit créer une voie de recours *ad hoc*. Pourrait ainsi être transposé le mécanisme retenu à l'article 145-4 du code de procédure pénale, s'agissant du refus de permis de visite opposé à un membre de la famille de la personne détenue. Cet article prévoit qu'à l'expiration d'un mois à compter du placement en détention provisoire, le juge d'instruction ne peut refuser de délivrer un tel permis que par une décision écrite et spécialement motivée au regard des nécessités de l'instruction. Il est précisé que la décision est notifiée au demandeur qui « peut la déférer au président de la chambre de l'instruction qui statue dans un délai de cinq jours par une décision écrite et non susceptible de recours. Lorsqu'il infirme la décision du juge d'instruction, le président de la chambre de l'instruction délivre le permis de visite. ».

Reste à trancher la dernière question qui porte sur l'incidence sur la disposition attaquée de cette carence de la loi. Deux choses sont certaines. En premier lieu, compte tenu du caractère attractif de la notion de règles concernant la procédure pénale, seul le législateur peut compétemment intervenir pour assurer le respect du droit au recours effectif en organisant les modalités du contrôle juridictionnel des mises à l'isolement judiciaire. En second lieu, le mécanisme de l'exception d'inconventionnalité de la loi n'est pas adapté à la configuration normative en litige. Et nous notons que la requérante s'est bien gardée de soulever une exception d'inconventionnalité. Alors que la disposition attaquée a été prise pour l'application de l'article 715 du code de procédure pénale, l'inconventionnalité du dispositif législatif réside en effet en creux dans d'autres dispositions du même code en tant qu'elles n'ont pas institué une voie de recours contre les ordres judiciaires de mise à l'isolement.

Vous pourriez être tentés, à ce stade du raisonnement, par une solution radicale. La méconnaissance de l'article 13 de la convention européenne résultant d'une carence de notre ordonnancement juridique que seule la loi pourrait compétemment faire cesser, vous en déduiriez que le moyen est inopérant à l'encontre du décret attaqué. Par votre décision précitée *Fédération de l'hospitalisation privée*, vous avez ainsi relevé, dans un premier temps, « qu'il n'appartient qu'à la loi de déterminer les éléments constitutifs des infractions dont l'auteur encourt les sanctions [prévues par l'article L. 6114-11 du code de la santé publique] » pour en déduire, dans un second temps, que « le moyen tiré de ce que la définition reprise dans le décret attaqué méconnaîtrait en raison de son imprécision le principe de légalité des délits et des peines ne peut utilement être invoqué à l'encontre de ce décret ». Cette solution, qui souligne la portée de la réforme introduisant le contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception, s'explique par l'écran que la loi vous oppose, vous privant ainsi de la plénitude de votre contrôle juridictionnel. Rien de tel heureusement, s'agissant du contrôle de conventionnalité de la loi. Vous pouvez et devez constater que la carence de la partie législative du code de procédure pénale entraîne une méconnaissance du droit au recours effectif tel qu'il est garanti par l'article 13 de la convention européenne.

Une fois ce constat effectué, quelles conséquences en tirer quant à la légalité du décret attaqué ? Cette question renvoie à l'étendue des obligations du pouvoir réglementaire d'application chargé de la mise en œuvre d'une loi inconventionnelle.

Dans une telle hypothèse, le pouvoir réglementaire est tenu de se conformer aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique interne. C'est pourquoi il doit s'abstenir de prendre les mesures d'application d'une loi qui contreviendrait aux

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

engagements internationaux de la France. Vous avez ainsi jugé, après avoir relevé que les dispositions de l'article L. 601-4 du code de la santé publique, en ce qu'elles étendent le champ d'application de la procédure simplifiée d'enregistrement au-delà des objectifs définis par la directive, sont incompatibles avec ceux-ci, qu'en ne prenant pas les mesures réglementaires destinées à permettre la mise en œuvre de cet article, le Gouvernement s'est conformé, ainsi qu'il y était tenu, aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique interne, telles qu'elles découlent de l'article 55 de la Constitution (24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, p. 29). Dans une telle hypothèse, l'abstention du pouvoir réglementaire est légale.

Pour autant, le respect des règles de droit international ne justifie aucune modification du partage de compétence entre la loi et le règlement. Par votre décision *Association « Avenir de la langue française »* (27 juillet 2006 p. 379), vous avez rappelé que les autorités administratives nationales ne peuvent trouver dans la contrariété d'une loi à des normes internationales un fondement juridique les habilitant à édicter des dispositions de caractère réglementaire qui se substitueraient à des dispositions législatives inconventionnelles¹⁶. En revanche, il leur appartient, sous le contrôle du juge, de donner instruction à leurs services de n'en point faire application tant que ces dispositions n'ont pas été modifiées.

Le respect de la hiérarchie des normes entraîne donc la paralysie du pouvoir réglementaire pour prendre les mesures d'application d'une loi inconventionnelle. Vous en avez déjà tiré les conséquences en admettant la légalité de l'abstention du pouvoir réglementaire. Nous vous invitons aujourd'hui à faire un pas nécessairement induit par les précédents en censurant l'illégalité de l'intervention du pouvoir réglementaire dans pareille hypothèse. Compte tenu du motif qui entraîne la paralysie du pouvoir réglementaire – à savoir la méconnaissance des engagements internationaux de la France- vous ne procéderez, ce faisant, à aucun contrôle de constitutionnalité en affirmant que la loi n'est pas applicable tant qu'elle n'a pas été complétée par le législateur. Au cas d'espèce, nous pensons d'ailleurs que, compte tenu de la matière en cause – la procédure pénale-, l'absence de mesures réglementaires de mise en œuvre ne fait pas obstacle à l'application directe de la loi par les magistrats chargés de l'instruction.

S'il reste applicable, il n'en reste pas moins que l'article 715 du CPP ne devrait pas être appliqué tant le code n'aura pas été complété par une disposition garantissant le respect des exigences qui découlent de l'article 13 de la convention européenne, sauf à risquer d'entraîner une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme et d'engager la responsabilité de la puissance publique. Rappelons en effet que, par votre décision *GU...* (Assemblée, 8 février 2007 p. 78), vous avez jugé que la responsabilité de l'Etat du fait des lois peut être engagée en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance

¹⁶ C'est pourquoi nous n'aurions pas admis la compétence du pouvoir réglementaire s'il avait défini, à l'article D. 56-1, une voie de recours qui aurait pourtant permis d'assurer le respect de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

des engagements internationaux de la France. L'annulation que vous prononcerez contribuera à assurer, dans le champ de votre intervention, le respect de la hiérarchie des normes mais elle n'évitera pas, par elle-même, que des ordonnances de placement à l'isolement soit prises directement sur le fondement de l'article 715 du CPP¹⁷.

Si vous nous suivez, vous jugerez que si le pouvoir réglementaire était compétent pour définir les mesures de mise en œuvre de l'isolement judiciaire dont le principe est prévu à l'article 715 du CPP, il ne pouvait légalement prendre les mesures d'application qui lui incombent tant que le législateur n'était pas intervenu préalablement pour organiser, dans son champ de compétence relatif à la procédure pénale, une voie de recours effectif, conformément aux stipulations de l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Nous relevons au passage l'efficacité du contrôle que nous vous invitons à exercer pour tirer toutes les conséquences de la paralysie de

l'exercice du pouvoir réglementaire dans la mise en œuvre d'un régime législatif qui méconnaît des engagements internationaux de la France, contrôle qui permet de saisir un spectre plus large d'inconventionnalité que le contrôle de la loi, par la voie de l'exception, qui ne peut être actionné qu'à l'encontre des mesures d'application.

Si vous nous suivez, vous annulerez donc l'article 3-II du décret attaqué en tant qu'il a édicté l'alinéa 4 de l'article D. 56-1 sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens soulevés à son encontre.

Nous pouvons en venir à l'examen des autres moyens dirigés contre les dispositions relatives au régime de l'isolement administratif.

La Section Française de l'OIP soulève à l'encontre du nouveau régime de l'isolement administratif, une série de moyens tirés de la violation des alinéas 1 et 3 de l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, de l'article 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'alinéa 2 de l'article 707 du code de procédure pénale.

Nous examinerons ensemble les moyens tirés de la méconnaissance de l'article 3 de la convention européenne aux termes duquel : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. » et du paragraphe 1 de l'article 10 du pacte international relatif aux droits civils et politiques qui prévoit que : « Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine », et dont vous avez jugé que les stipulations étaient d'effet direct (24 octobre 2005 *W... T.* p. 689).

Il est soutenu que le nouveau régime de l'isolement emporte, pour les détenus, des contraintes excessives au regard de leurs libertés personnelles et prévoit des conditions de

¹⁷ Comme c'était le cas avant l'intervention du décret attaqué.

détention susceptibles de porter atteinte à la dignité humaine. Sur ce point, nous relevons que le décret attaqué institue de nouvelles garanties pour les détenus isolés.

Contrairement à ce qui est soutenu, les dispositions attaquées fixent une limitation dans le temps : en principe, l'isolement ne peut durer plus de deux ans. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'une prolongation dérogatoire de ce terme peut être décidée pour des considérations d'ordre public. Vous rappellerez cette durée de principe. En outre, la prorogation au-delà d'un an d'une mesure d'isolement relève de la compétence exclusive du garde des Sceaux, ministre de la Justice et, en tout état de cause, ne peut être fondée que sur des considérations particulières relatives au milieu carcéral concerné tenant par nature, d'une part, à la personnalité du détenu, et d'autre part, aux nécessités de l'ordre public à l'intérieur de l'établissement pénitentiaire.

Ajoutons que les dispositions contestées encadrent précisément les conditions du renouvellement de la décision initiale. Ces modalités qui font intervenir, au fil du temps, de nouvelles autorités avec un niveau hiérarchique croissant constituent en elles-mêmes des garanties auxquelles s'ajoutent, après un an, la consultation du médecin de l'établissement et du juge de l'application des peines ou, le cas échéant, du magistrat saisi du dossier de l'information. Le régime mis en place prévoit en outre – par le renvoi à l'article D. 381- que les médecins réalisent des visites des détenus placés à l'isolement chaque fois qu'ils l'estiment nécessaire et au moins deux fois par semaine.

Enfin, la procédure administrative mise en place par les dispositions attaquées offre de nouvelles garanties : notification par écrit des motifs invoqués par l'administration pour envisager une décision d'isolement, possibilité de produire des observations écrites ou orales avec la possibilité de se faire conseiller (article D. 283-2-2), motivation de la décision (article D. 283-2-3).

Pour autant, les dispositions contestées portent-elles, en elles-mêmes, une atteinte excessive à la dignité humaine ?

Le recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte réglementaire ne constitue pas la voie de droit la plus appropriée pour s'assurer, dans l'abstrait, du respect des exigences qui découlent des droits matériels conventionnellement garantis. Il est rare en effet qu'une disposition réglementaire porte, en elle-même, atteinte à une liberté individuelle. C'est plutôt au stade de l'application qui en est faite à un cas individuel que de tels principes peuvent, le cas échéant, être méconnus.

Il est vrai que « l'article 3 de la convention impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate [...] » (CEDH 26 octobre 2000, *K... c/Pologne*). Cette décision consacre l'existence d'une obligation positive des Etats relative aux conditions de détention.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Mais, à notre sens, c'est seulement à la faveur du contrôle d'une mise à l'isolement déterminée, au terme d'une appréciation *in concreto*, qu'il est possible d'apprécier si les prescriptions de l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme ont été ou non méconnues. Telle est bien la démarche retenue par la Cour de Strasbourg qui n'a jamais condamné le principe d'un isolement relatif au contraire de celui de l'isolement total - sensoriel et social- (8 juillet 1976, *E... BA... et R... c/RFA*). L'exclusion d'un détenu de la collectivité carcérale pour des motifs de sécurité, de discipline ou de protection ne constitue pas en elle-même une peine ou un traitement inhumain (décision d'irrecevabilité du 9 juillet 1991, *T... c/Norvège*). Par la décision d'irrecevabilité du 25 mai 2000, *L... c/France*, la Cour a estimé que la mise à l'isolement non disciplinaire ne constitue pas en elle-même un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la convention. Comme le relèvent les auteurs des « Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme » : « Pour apprécier si l'isolement d'un détenu est compatible avec l'article 3, le juge européen tient compte de sa rigueur, de sa durée, de l'objectif poursuivi et de son effet sur le détenu » (4^e édition page 150). Ainsi, par l'arrêt *R-S...* précité, elle a considéré qu'en dépit d'une durée d'isolement particulièrement longue, les conditions de détention n'avaient pas atteint le seuil minimum de gravité nécessaire pour constituer un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la convention » (voir, en sens contraire la condamnation de la France par l'arrêt du 16 octobre 2008 *RE... c/France* s'agissant d'une sanction de mise en cellule disciplinaire).

Si vous nous suivez, vous jugerez que les dispositions en cause n'instituent aucun traitement qui soit, dans son principe, inhumain ou dégradant, et ne portent, par elles-mêmes, aucune atteinte aux exigences invoquées (voir, pour un raisonnement similaire s'agissant de la sanction de mise en cellule disciplinaire 30 juillet 2003, *OIP* précitée). Sur ce point, c'est l'accès à votre prétoire, y compris par la voie d'une procédure de référé, s'agissant des mises à l'isolement qui constitue la garantie la plus efficace du respect des droits des détenus.

Examinons ensemble les moyens tirés de la violation de l'alinéa 2 de l'article 707 du code de procédure pénale, aux termes duquel : « L'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive », et du paragraphe 3 de l'article 10 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui stipule que : « Le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social ... ». Vous n'avez pas encore été amenés à vous prononcer sur l'effet direct de ces dernières stipulations. Dans ses conclusions sur la décision précitée *W...*, Isabelle de Silva relevait qu'il « s'agit de principes de bonne politique pénitentiaire qui peuvent s'avérer d'application délicate ». Cela ne nous empêche pas de vous proposer d'en admettre l'effet direct. Comme le rappelait Ronny Abraham, dans ses conclusions sur votre décision *GISTI* (Section 23 avril 1997 p. 142), pèse sur les traités internationaux incorporés dans l'ordre juridique national une présomption d'effet direct. Et cette présomption ne cède que dans deux séries d'hypothèses. Tel est le cas lorsque l'objet de la convention est de régler exclusivement les relations entre les Etats parties (voir, par exemple s'agissant des articles 6,7 et 8 de la convention d'Aarhus 6 juin 2007, *Commune de Groslay et autres*, p. 237). La seconde hypothèse vise les stipulations qui ne sont pas suffisamment précises et inconditionnelles pour être susceptibles d'une application immédiate à des cas particuliers. Comme l'explique R. Abraham, dans ses conclusions sur la décision *GISTI* : « il s'agit de

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

stipulations dont l'objet est sans aucun doute de garantir des droits au bénéfice des particuliers mais qui sont formulés dans des termes trop généraux pour se suffire à elles-mêmes et pour être susceptibles d'une application immédiate à des cas particuliers » (voir, pour une illustration récente, s'agissant de l'article 12 du pacte du 19 décembre 1966, 26 septembre 2005, *Association « Collectif contre l'handiphobie »*, p. 391). Les stipulations précitées ne relèvent d'aucune de ces deux hypothèses.

Nous ne minorons pas les conséquences potentielles d'une mesure d'isolement, notamment si elle se prolonge un certain temps, sur la capacité de réintégration dans la société du détenu qui en fait l'objet. Comme le relève pertinemment Nicole Giovanni¹⁸, dans son article « La dignité humaine comme limite au pouvoir de punir » : « caractérisés par leur dimension neutralisante et excluante », les régimes de détention exorbitants, comme l'isolement, « semblent marqués par l'absence de logiques re-socialisantes et rétributivistes ».

Vous écarterez néanmoins le moyen. Une mesure d'isolement pourrait, le cas échéant, en raison de ses circonstances et, en particulier, de sa durée, porter atteinte aux objectifs d'insertion et de réinsertion attachés aux peines subies qui sont établis par les textes invoqués. Mais nous estimons que tel n'est pas le cas, en elles-mêmes, des dispositions attaquées. D'une part, une mesure d'isolement a vocation à avoir un caractère provisoire. D'autre part, elle ne porte pas atteinte aux contacts qu'est susceptible de maintenir le détenu dans la perspective de son élargissement et de sa réinsertion ultérieure. Là encore, c'est au niveau du contrôle des mesures individuelles que le respect de ces exigences doit être vérifié.

L'examen du moyen suivant, tiré de la violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, appelle les mêmes observations s'agissant des modalités de votre contrôle d'un acte réglementaire. Nous n'excluons pas qu'un texte réglementaire porte, de manière générale et absolue, une atteinte si substantielle aux droits garantis par cet article que le principe même de la règle qu'il édicte en méconnaisse les exigences. Tel n'est pas, à notre sens, le cas des dispositions attaquées.

Dans sa thèse consacrée aux « droits de l'homme des personnes privées de liberté » (Montpellier I 2007/2008), Béatrice Belda offre une remarquable analyse de ce qu'elle qualifie « d'interprétation prétorienne constructive de l'article 8 offrant aux détenus une protection subsidiaire de leur intégrité ». Après avoir étendu le champ d'application de la notion de vie privée à la protection de l'intégrité humaine, la cour de Strasbourg a procédé à une seconde extension en assurant, au titre de l'article 8, la protection de l'intégrité physique et morale des personnes privées de liberté (voir sur ce point CEDH 16 décembre 1997, *RA... c/Finlande*). Vous vérifiez également le respect de l'article 8 de la convention en milieu carcéral (voir notamment 13 février 2002, *A-T...*, précitée, s'agissant du respect de la vie familiale ou encore *observatoire international des prisons*, du 30 juillet 2003, précitée).

Par ses effets concrets, une mise à l'isolement pourrait entraîner une atteinte disproportionnée à des droits qu'implique le respect de l'intégrité de la personnalité des détenus, en méconnaissance des stipulations précitées. Tel serait le cas si le traitement

¹⁸ In « La détention en isolement dans les prisons européennes » (Bruylant 2004) précité.

litigieux avait entraîné sur l'intégrité physique ou mentale du détenu des effets néfastes de nature à constituer une ingérence dans le droit au respect de sa vie privée (voir sur ce point CEDH 16 décembre 1997, *RA... c/Finlande*, précité). Mais, une nouvelle fois, nous considérons que le principe et le régime de cette mesure, telle que prévus et organisés par les dispositions attaquées -qui rappellent notamment que tant pour l'isolement que pour sa prolongation, « il est tenu compte de la personnalité du détenu, de sa dangerosité particulière et de son état de santé (article D. 283-1)-, ne portent pas, par eux-mêmes, une atteinte excessive aux exigences qui découlent de l'article 8 de la convention européenne¹⁹ (voir pour une ingérence dans la vie privée dont la Cour européenne a admis le caractère justifié 16 mai 2002 *D.G. c/Irlande*).

Le moyen suivant est spécifiquement dirigé à l'encontre de l'article D. 283-1-7 du code de procédure pénale qui dispose, dans sa rédaction issue de l'article 1er du décret attaqué que : « Lorsque le détenu est à l'isolement depuis un an à compter de la décision initiale, le ministre de la justice peut, par dérogation à l'article D. 283-1, décider de prolonger l'isolement pour une durée de quatre mois renouvelable. /La décision est prise sur rapport motivé du directeur régional qui recueille préalablement les observations du chef d'établissement et l'avis écrit du médecin intervenant à l'établissement ».

Il est soutenu que cette disposition méconnaîtrait l'article L. 1110-4 du code de la santé publique selon lequel le détenu a, comme tout malade, droit au secret médical et à la confidentialité de son entretien avec son médecin (voir, pour la portée de cette règle 30 mars 2005 *OIP* p. 126). Vous écarterez ce moyen : l'avis écrit du médecin, requis pour toute prolongation d'une mise à l'isolement au-delà d'un an, s'inscrit en effet dans le cadre de l'article R. 4127-76 du code de la santé publique aux termes duquel : « L'exercice de la médecine comporte normalement l'établissement par le médecin, conformément aux constatations médicales qu'il est en mesure de faire, des certificats, attestations et documents dont la production est prescrite par les textes législatifs et réglementaires », dont les dispositions doivent être combinées avec l'article L. 1110-4 précité.

Vous répondrez ensuite à la requérante que l'avis émis par le médecin intervenant à l'établissement n'ayant pas le caractère d'une expertise, les moyens tirés de ce que les dispositions attaquées auraient méconnu les dispositions du code de la santé publique relatives à l'expertise médicale ne peuvent qu'être écartés.

Nous nous attarderons plus longuement sur les derniers moyens qui contestent l'inclusion des mineurs dans le champ du décret attaqué. La requérante soutient qu'une telle inclusion serait contraire à la fois aux articles 3 et 37 de la convention de New York relative aux droits de l'enfant et à la seconde phrase de l'alinéa 3 de l'article 10 du pacte international relatif aux droits civils et politiques. Vous avez déjà jugé que les stipulations des premiers aux

¹⁹ Par votre décision précitée *A-T...*, vous avez jugé que « si les dispositions du code de procédure pénale attaquées régissant la suspension ou la suppression des permis de visite accordés aux membres de la famille d'un détenu peuvent être regardées comme une ingérence dans le respect dû au droit à la vie familiale, ces dispositions, qui trouvent leur fondement dans des textes tant législatifs que réglementaires, sont justifiées par les nécessités de la défense de l'ordre et de la prévention des infractions pénales et ne portent pas une atteinte excessive au respect dû à ce droit ».

termes desquels : « 1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » et « Les Etats parties veillent à ce que : (...) c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge: en particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on n'estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par des visites, sauf circonstances exceptionnelles » étaient d'effet direct (22 septembre 1997, *Melle CR...*, p. 319 s'agissant de l'alinéa 1 de l'article 3 alors que l'alinéa 2 du même article est dépourvu d'effet direct 6 octobre 2000, *Association Promouvoir* T. p. 391; 14 février 2001, *N...*, p. 58 et voir, pour le caractère opérant de tels moyens à l'encontre d'un acte réglementaire notamment 6 novembre 2000 *GISTI*, T. p. 782).

Nous vous invitons à juger dans le même sens, s'agissant de l'alinéa 3 de l'article 10 du pacte international relatif aux droits civils et politiques aux termes duquel : « (...) Les jeunes délinquants sont séparés des adultes et soumis à un régime approprié à leur âge et à leur statut légal », eu égard au caractère suffisamment précis et inconditionnel de ces stipulations.

Sur ce point, les dispositions attaquées ont été modifiées par le décret n° 2007-749 du 9 mai 2007 relatif au régime de détention des mineurs. Dans leur rédaction issue de ce décret, l'article D. 56-1 du CPP prévoit ainsi que « le mineur de 16 ans prévenu ne peut faire l'objet d'une mesure d'isolement » et l'article D. 283-1 du même code exclut expressément les mineurs de son champ d'application. Le même décret introduit une mesure de protection individuelle (article D. 520) qui a vocation à remplacer la mise à l'isolement à la demande des mineurs détenus.

Nous ne reviendrons pas longuement sur la gravité des conséquences d'une mise à l'isolement. La nature même de la mise à l'isolement, qui a pour objet d'écarter le détenu de la vie collective, implique une aggravation des « conditions matérielles de la détention », compte tenu de la dimension par nature collective de la plupart des activités qui sont susceptibles d'être menées en milieu carcéral. Nous tenons particulièrement à insister sur les effets désocialisants et déstructurants d'une telle mesure sur des individus qui sont encore, du fait de leur minorité, en construction.

Dans un premier temps, nous avons envisagé de vous proposer de juger qu'une mesure d'isolement ne peut être prononcée par le chef d'établissement pénitentiaire à l'encontre d'un mineur contre son gré, sans méconnaître, par nature, les exigences inhérentes à la prise en compte des besoins des personnes de son âge. Il n'est pas inutile de rappeler que l'incarcération des mineurs doit rester exceptionnelle et que les modalités de leur détention doivent être spécifiques²⁰. Il n'existe pas d'obstacle juridique à faire découler d'exigences aussi largement formulées une interdiction de principe de placer les mineurs à l'isolement. Vous n'avez pas hésité à déduire de l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 l'interdiction que les enfants connaissent des restrictions dans

²⁰ Ainsi que cela procède de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

l'accès aux soins nécessaires à leur santé (7 juin 2006, *Association AIDES et autres* p. 282). Nous relevons que figure parmi les règles des Nations-Unies pour la protection des mineurs privés de liberté adoptées par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/113 du 14 décembre 1990 » la règle suivante : « toutes les mesures disciplinaires qui constituent un traitement cruel, inhumain ou dégradant telles que [...] la réclusion en isolement [...] doivent être exclues, quelle qu'en soit la raison ». Ajoutons que le pouvoir réglementaire a, en 2007, de son propre chef, procédé à une telle exclusion ce qui démontre qu'elle n'est pas incompatible avec le bon fonctionnement des services pénitentiaires.

En dépit de la force de ces arguments, ce n'est pas, à la réflexion, la solution que nous vous invitons à retenir. Nous sommes frappés par l'absence, dans la législation et la jurisprudence des Etats européens que nous avons étudiées, d'interdiction générale et absolue de procéder à l'isolement des détenus mineurs. S'agissant de l'interprétation de normes communes qui posent des standards, nous sommes attachés à l'existence d'un consensus dont il faut bien admettre qu'il n'a pas encore été dégagé sur ce point. Nous trouvons particulièrement opportun que le pouvoir réglementaire ait décidé, en 2007, d'exclure les mineurs du régime de l'isolement administratif. Mais nous ne puissions pas, dans les stipulations invoquées, un principe qui aurait pour effet de conférer un « effet-cliquet » à cette interdiction.

Il résulte toutefois des stipulations invoquées et que nous vous invitons à combiner entre elles que l'autorité administrative doit accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant et que le régime carcéral des mineurs doit être adapté dans tous ses aspects pour tenir compte de leur âge. Certes, par votre décision précitée *OIP* du 30 juillet 2003, vous avez jugé que l'absence de procédure disciplinaire adaptée pour les mineurs n'était pas contraire aux exigences de la convention de New-York. Mais votre solution se fonde à la fois sur les garanties spécifiques de la procédure disciplinaire et sur la réserve des circonstances exceptionnelles qui figure dans la convention. Et vous avez pris le soin d'affirmer, par voie prétorienne, « qu'il incombe à l'administration pénitentiaire, chaque fois qu'un détenu mineur non émancipé fait l'objet d'une procédure disciplinaire, de prendre, dans la mesure du possible et en temps utile, les dispositions nécessaires pour informer les représentants légaux de l'intéressé de l'ouverture de cette procédure ainsi que des motifs de celle-ci pour leur permettre de présenter, éventuellement, les observations qui leur paraîtraient utiles ou de recourir, pour ce faire, à un avocat ou à un mandataire agréé ».

Nous déduisons des stipulations invoquées que des garanties spécifiques doivent être prévues, s'agissant en particulier de la durée de la mesure ou de la prise en charge médicale et psychologique des mineurs. Or, nous notons que le décret attaqué n'a prévu aucune modalité spécifique d'exécution des mesures d'isolement qui prenne en compte le critère de l'âge pour adapter le régime de détention, sa durée, ses conditions de prolongation et, notamment, le moment où doit intervenir un avis médical. Nous en déduisons que la mesure d'isolement n'offre pas des garanties suffisantes au regard des stipulations précitées.

Si vous nous suivez, vous annulerez les dispositions de l'article 1^{er} du décret attaqué en tant qu'elles sont applicables aux mineurs.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

L'annulation de l'article 1^{er} du décret du 21 mars 2006 en tant qu'il s'applique aux mineurs et de son article 3-II en tant qu'il a créé l'article D. 56-1 du code de procédure pénale entraîne celle des dispositions de son article 5 relatives à ses modalités d'application dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie, en tant qu'elles font référence à ce dernier article. Puisque l'Etat succombe, dans la présente instance, vous le condamnerez à verser à la Section française de l'OIP 3000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Vous rejetterez le surplus de la requête.

Il nous reste à examiner la demande du ministre de la justice de différer, en cas d'annulation, l'effet de votre décision en application de la jurisprudence *Association AC et autres* (Assemblée, 11 mai 2004, p. 197).

Rappelons le considérant de principe de votre jurisprudence d'Assemblée : « Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique, en principe, que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif – après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause – de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à l'annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ».

Garantie pour le justiciable, l'effet rétroactif de l'annulation demeure le principe. C'est pourquoi, vous n'avez fait jouer la modulation qu'exceptionnellement (Section 25 février 2005, *France Télécom*, p. 86 ; 21 décembre 2006, *Union syndicale solidaires fonctions publiques et assimilés*, p. 576) et, s'agissant de l'annulation d'une décision individuelle 12 décembre 2007 *Sire*, p. 471). Au soutien de sa demande, le ministre fait valoir qu'une annulation rétroactive aurait de graves conséquences du point de vue de la sécurité et de l'ordre publics. Dans votre décision précitée *Sire*, c'est le risque d'une atteinte excessive au fonctionnement du service public de la justice qui vous a conduits à différer l'effet de l'annulation contentieuse de la nomination d'un magistrat.

Qu'en est-il dans la présente affaire ?

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

L'annulation du régime de la mesure administrative de mise à l'isolement en tant qu'il s'applique aux mineurs est dépourvue de toute conséquence concrète dès lors que l'article 12 du décret du 9 mai 2007 relatif au régime de détention des mineurs et modifiant le code de procédure pénale a proscrit son application envers les détenus mineurs. Cela suffit pour refuser la modulation demandée.

Venons-en à l'annulation de l'article D. 56-1. Comme nous vous l'avons dit, l'annulation de ces trois premiers alinéas comme empiétant sur le domaine de la loi ne prive pas les magistrats chargés de l'instruction de la faculté d'ordonner des mises à l'isolement judiciaire. Là encore, vous refuserez la modulation en l'absence d'inconvénients majeurs qui résulteraient de votre annulation rétroactive. S'agissant de l'annulation du dernier alinéa, vous devez mettre en balance deux séries d'éléments. En premier lieu, nous relevons le caractère très limité des conséquences d'une annulation rétroactive sur le fonctionnement du service public de la justice. Selon le garde des sceaux, au 1^{er} septembre 2008, seuls 39 prévenus faisaient l'objet d'une mesure d'isolement judiciaire. En second lieu, nous tenons à insister sur la nature de l'illégalité censurée qui nous paraît faire obstacle, par nature, à une modulation dans le temps des effets de votre décision. Ainsi que le relève Gilles Pélissier²¹ : « la nature de l'illégalité ne peut qu'influencer l'application de l'atteinte portée au principe de légalité et à l'effectivité du recours contentieux ». Si vous acceptiez de différer les effets d'une annulation alors que le principe du droit au recours se trouve mis en cause, vous risqueriez, après avoir fait prévaloir en théorie le droit au recours effectif, de consacrer en pratique le droit au recours ineffectif. Prêtant main forte au maintien de situations attentatoires aux droits fondamentaux, vous risqueriez de semer le doute sur l'utilité de votre contrôle juridictionnel, discréditant par là-même la technique de la modulation.

Pour tous ces motifs, nous estimons qu'il y n'a pas lieu de prévoir une modulation des effets dans le temps des annulations que vous prononcerez. Nous vous invitons à motiver expressément le rejet de la demande de modulation dans votre décision.

La faible ampleur des conséquences concrètes de votre décision ne doit pas conduire à en minorer la portée.

En premier lieu, vous rappellerez que la vulnérabilité des mineurs implique, dans tous les cas, un traitement pénitentiaire adapté à leur situation. A supposer qu'il soit décidé, à la faveur de la redéfinition, au niveau normatif pertinent, du régime de l'isolement judiciaire, le maintien de la possibilité –prévue par le décret du 9 mai 2007, d'isoler, contre leur gré, les mineurs de 16 à 18 ans devrait ainsi être entouré de garanties particulières.

En deuxième lieu, votre décision rappellera au pouvoir réglementaire les limites de son intervention. Vous censurerez l'article D. 56-1 à deux titres, le décret en ayant à la fois trop et trop tôt dit. Trop dit en empiétant sur le domaine de la loi. Trop tôt dit en mettant en œuvre un dispositif législatif dont l'incomplétude entraîne une méconnaissance des

²¹ In « 4 ans d'application de la jurisprudence AC – une nouvelle dimension de l'office du juge » (Revue juridique de l'économie publique n° 656 août/septembre 2008).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

engagements internationaux de la France. Vous alerterez par là-même le législateur sur la nécessité de son intervention dont le projet de loi pénitentiaire pourrait fournir le véhicule.

Enfin, vous rappellerez qu'il n'est de protection efficace des droits matériels qu'au moyen de voies de recours effectif.

Tel est le sens de nos conclusions dans la présente affaire.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.